

324. Los arts. 709 y 710 suponen que hay indivisión. Después de la partición del predio dominante, hay tantas servidumbres como partes divididas; cada una de estas servidumbres se conservará y se extinguirá según el derecho común, sin que uno de los propietarios parciales pueda invocar ni el goce ni la minoría de otro propietario. Acerca de este punto no hay duda alguna (1).

Núm. 5. Prescripción del modo de la servidumbre.

I. Principio.

325. El art. 708 dice que "el modo de la servidumbre puede prescribir como la servidumbre misma y de idéntica manera." Esta disposición, colocada con la sección que trata de la extinción de las servidumbres, parece que no se aplica sino al caso en que se extingue por el no-uso un modo más ventajoso de ejercer la servidumbre, cuando el propietario del predio dominante usa de un modo menos ventajoso. Puede presentarse la inversa: el que no podía usar sino de un modo poco ventajoso en virtud de su título, usa de un modo más ventajoso; ¿este nuevo modo se adquirirá por la prescripción? (2). Cuando la servidumbre es discontinua, ni siquiera puede plantearse la cuestión. Mi título me da el derecho de pasar á pie únicamente, y yo paso durante treinta años á caballo ó en carruaje: ¿habré adquirido este modo más ventajoso por la prescripción? Nó, porque las servidumbres discontinuas no pueden adquirirse por la prescripción; ahora bien, el modo forma parte de la servidumbre, y las razones que han hecho que no se admita la prescripción de las servidumbres discontinuas se aplican también al modo de ejer-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 106 y nota 22, y los autores que citan.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 254, núm. 369. Demolombe, t. 12, p. 237, núm. 734.

cerlas. Yo no tengo más que el derecho de pasar á pie, y mi vecino permite que yo pase á caballo ó en carruaje; más que probable es que esto sea por tolerancia y por relaciones de buena vecindad. No puedo ya prevalerme de una posesión semejante ni para extender una servidumbre ni para adquirirla.

Cosa distinta es cuando la servidumbre es continua. Como la servidumbre misma puede adquirirse por la posesión, lo mismo debe respecto al modo de ejercerla. Se entiende que cuando se ha adquirido la servidumbre por medio de la prescripción. Yo he prescrito una servidumbre de vista poseyendo treinta años dos ventanas. Mi vecino puede oponerse á que yo abra una tercera; pero si la abro y mi vecino la deja subsistir durante treinta años, habré adquirido por prescripción el derecho de tener una tercera ventana. En efecto, durante esos treinta años yo habría podido adquirir el derecho de abrir tres ventanas, con mayor razón he podido adquirir el derecho de abrir una tercera. Cuando el modo de la servidumbre está establecido por título esto no impide que se adquiera un modo más ventajoso por la prescripción, siempre por el mismo motivo: y es que como puedo adquirir la servidumbre misma por la posesión, también por ella puedo adquirir un modo más ventajoso de ejercerla. Se objeta que esto equivale á prescribir contra el propio título, lo que no puede ser según la disposición del art. 2240. Nos maravilla haber encontrado esta objeción en la obra de Demante, y ver que insiste en ella. Dunod, en el antiguo derecho, la contestó ya, haciendo notar que en el caso de que se trata se posee y se prescribe más allá del título, lo que permiten los principios más elementales. Por otra parte, basta leer el art. 2240 y las disposiciones que preceden para convencerse de que el proverbio invocado por Demante sólo concierne á los poseedores precarios. Ya an-

tes hemos hecho la observación. Si la repetimos es porque uno de nuestros buenos autores se ha dejado extraviar por una objeción que á lo sumo debería embarazar á los discípulos (1).

326. El modo de las servidumbres prescribe, además, en el sentido de que éstas pueden ser reducidas por la prescripción extintiva. No era así en derecho romano; se conservaba toda la servidumbre, aun cuando no se usare todo el derecho. El que había usado de un camino más angosto que el designado por el título, conservaba, no obstante, todo su derecho tal como lo establecía la concepción (2). Pothier reproduce la doctrina romana. "El propietario del predio dominante, dice él, aun cuando no haga más que una parte de lo que su derecho de servidumbre le daba derecho á hacer en el predio sirviente, no por esto deja de conservar su derecho en toda su integridad" (3). Domat, al contrario, enseña que las servidumbres se ven reducidas por la prescripción á lo que de ellas se ha conservado por la posesión durante el tiempo requerido para prescribir. Y cosa singular, apoya esta decisión en una ley romana; basta leerla para convencerse de que se ha engañado (4). Los autores del código han seguido á Domat. ¿Y han obrado así porque les pareciese más razonable su opinión ó porque creyesen que tal era la doctrina tradicional? Lo ignoramos. De cualquiera manera que sea, hé ahí un principio nuevo que se ha introducido en el código á causa de la errónea interpretación de una ley romana. Ducaurroy dice que el sistema romano era

1 Demante, t. 2º, p. 662, núm. 567 bis, 1º

2 Dupret, "De la modificación de las servidumbres por la prescripción." ("Revista de derecho francés y extranjero," 1843, t. 3º, ps. 821 y siguientes.

3 Pothier, "Introducción al tit. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 18.

4 Domat, "De las leyes civiles," lib. I, tit. XII, sec. IV, núm. 5. Compárese Dupret, en la "Revista," p. 822.

mucho más sencillo que el sistema francés, que da lugar á muchas dificultades. Hay que decir más, á nuestro juicio: el principio romano es más jurídico y aun más equitativo. Las servidumbres no se estipulan por fracciones, sino por el todo; luego no pueden perderse por fracciones, se conservan por el todo y por el todo se pierden. ¿No es más equitativo que se conserven por el todo, cuando se usan de una manera cualquiera? Las servidumbres se establecen para utilidad del predio dominante, si esta utilidad no exige que yo use de todo mi derecho ¿por qué se quiere obligarme so pena de perderlo parcialmente? El modo, después de todo, es un derecho y no una obligación: ¿no debo estar en libertad para usar de mi derecho como se me ocurra y como lo exija la utilidad de mi predio?

Que el principio nuevo sea ó nó equitativo y justo, la ley lo consagra, y hay que aceptarlo con todas sus consecuencias. ¿Y es esto lo que siempre han hecho los intérpretes? Esto es lo que vamos á ver.

II. Aplicación.

327. La prescripción del modo de las servidumbres es adquisitiva unas veces, y otras extintiva; en un solo y mismo caso, el modo antiguo puede extinguirse, mientras que es dudoso que se haya adquirido el nuevo modo. De aquí surgen las dificultades. Apartemos desde luego una hipótesis primera en la cual no hay duda alguna: no se ha usado del todo de la servidumbre á la cual se tenía derecho, y se ha usado otra servidumbre que es discontinua. En este caso, hay más que extinción del modo, hay extinción de la servidumbre por el no-uso durante treinta años, sin que se haya adquirido la nueva servidumbre que se ha ejercido, porque siendo discontinua no puede adquirirse por la prescripción. Pothier aduce un notable ejemplo. Tengo derecho

á sacar agua del pozo de mi vecino, y por consiguiente, de pasar por su predio, y paso por la heredad sirviente durante treinta años sin sacar agua. En este caso yo he perdido por el no-uso el derecho de sacar agua, y no he adquirido la servidumbre de paso, servidumbre muy diferente que no se adquiere por la posesión, y que además está extinguida como accesorio de la servidumbre principal. Todos están de acuerdo en este punto (1).

328. Cuando lo único que se cuestiona es el modo de la servidumbre, hay que distinguir si es continua ó discontinua. Si es continua, la aplicación del art. 708 se hace con facilidad. Yo gravo mi predio con la servidumbre de no edificar; levanto una construcción en una parte del predio, y mi vecino la deja subsistir durante treinta años; la servidumbre se extinguirá en parte y en parte se conservará, y no gravará más que la parte no edificada del predio sirviente. Yo tengo derecho á abrir tres ventanas en mi pared y no abro más que dos; por el no uso habré perdido el derecho de obrir una tercera ventana; el modo de la servidumbre se restringirá por la prescripción extintiva. ¿Será lo mismo si el título me da derecho á abrir tantas ventanas como y quiera? ¿y si no abro más que dos, no puedo abrir otras nuevas después de treinta años contados desde la fecha de mi título? Están divididas las opiniones. Nosotros creemos que en esta hipótesis la cuestión no es de restringir el modo por la prescripción; porque el modo no es fijo, ni limitado, y al no abrir más que dos ventanas, no puede decirse que yo lo fije; el título abandona todo á mi voluntad, y esta es cambiante, luego el modo también lo será. Se objeta que yo no conservo el derecho de aumentar el número de ventanas sino durante treinta años

1 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans." núm. 18. Demante, t. 2º, p. 661, núm. 567. Demolombe, t. 12, p. 576, núm. 1024.

contados desde el día en que abrí las primeras. Esta interpretación de la voluntad de las partes nos parece muy arbitraria, porque restringe un derecho que seguía la intención de aquéllas y no admite ninguna restricción. ¿Se dirá que, en esta opinión, el modo jamás prescribirá, siendo que la ley quiere que prescriba? Nosotros contestamos que hay derechos que son imprescriptibles, á los que se da el calificativo de derechos de pura facultad, porque pueden ó nó usarse según convenga. Ahora bien, en el presente caso, mi título me da un derecho que varía de un día para otro según mis caprichos; en esto no hay base para la prescripción (1).

329. Las servidumbres discontinuas se extinguen por la prescripción, pero no pueden adquirirse ni extenderse por esta vía. De aquí una dificultad acerca de la cual están divididos los mejores autores. Yo tengo el derecho de pasar á pie, á caballo ó en carruaje; durante treinta años sólo á pie paso. Hay una opinión rigurosa que decide que ya he perdido el derecho que tenía á pasar á caballo ó en carruaje. Nosotros creemos que esta opinión tiene á su favor la letra y el espíritu de la ley. El título me da tres modos de usar de mi derecho, no ejerzo más que uno de ellos; luego sólo éste conservo; en cuanto á los demás, como no los he usado, se han extinguido por prescripción. Porque el modo se extingue por prescripción, y en el caso de que se trata el modo se ha restringido por una posesión restringida. Dupret ha combatido esta opinión, que antes de él era la adoptada con generalidad, y excelentes ingenios se han adherido á su manera de ver. ¿No equivale ésto á reproducir la doctrina romana? El que usa de la servidumbre, dicen, en la medida de sus necesidades y de sus con-

1 Veanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 12, p. 531, número 994.

veniencias la conserva íntegramente, por más que no haya hecho lo que estaba autorizado á hacer. Y precisamente lo que han rechazado los autores del código es el principio romano. Lo que parece que decidió á Dupret á admitir la interpretación que él da al art. 708, son las consecuencias absurdas á que conduce la aplicación literal de la ley. Todo razonamiento, dice él, es vicioso cuando viene á parar en consecuencias de las que algunas, por lo menos, son inadmisibles (1). El razonamiento, sí, pero la interpretación de una ley nó. En el caso de que se trata, los autores del código civil han asentado un principio que ellos creían verdadero y que resulta falso. Un principio falso tiene que conducir á consecuencias que es difícil aceptar. ¿Y es ésta una razón para rechazar las consecuencias? Téngase mucho cuidado, porque eso equivaldría á rechazar el principio ó á alterarlo, lo que el intérprete jamás puede hacer, porque equivaldría á que hiciera la ley.

330. Los autores que han adoptado la interpretación, la más amplia del art. 108, admiten, no obstante, una restricción. Lo que les ha inducido á aproximarse al principio romano, es que el dueño del predio dominante debe gozar de cierta libertad de acción, al usar de su derecho conforme á las necesidades de su heredad. Pero si el que tenía derecho á pasar á caballo ó en coche ha pasado á pie, por haberse reducido el camino y héchose impracticable para caballos y carruajes, no puede entonces decirse que él ha ejercido todo su derecho, el cual ha sufrido una restricción, por lo que habrá extinción del derecho de pasar á caballo ó en coche. Del mismo modo, yo quiero pasar á caballo ó en curruaje; el propietario del predio sirviente

1 Dupret, en la "Revista de derecho francés y extranjero," 1846, t. 3º, ps. 823 y siguientes. Aubry y Rau, t. 3º, p. 108 y nota 25, y los autores en sentido diverso que ellos citan.

se opone á ello; si yo me contengo ante esta oposición, vuelvo á entrar todavía al principio general, tal como lo formula el art. 708; se extinguirá el modo más ventajoso de la servidumbre, porque no se ha usado de él.

331. El sitio por el cual se ejerce una servidumbre es concerniente también al modo; luego, en razón, había que aplicar el principio del art. 708. Yo tengo derecho á pasar por tal punto de tu predio, y por espacio de treinta años paso por el punto opuesto. ¿Cuál será el efecto de esta posesión en mi derecho? Claro es que yo no he adquirido por prescripción el nuevo modo, puesto que la servidumbre es discontinua. Pero puede sostenerse que el antiguo modo ha prescrito, supuesto que yo lo he usado. La consecuencia es grave, y es una de aquellas ante las cuales Dupret ha retrocedido, y en pos de él excelentes jurisconsultos. Sin embargo, el razonamiento es lógico; no es la razón la que se equivoca, sino la ley, y el primer deber del intérprete es respetar esta última. En este punto también los partidarios de una interpretación más equitativa hacen una concesión al rigor de los principios; ellos distinguen si el señalamiento del sitio por donde debe ejercerse la servidumbre es limitativo ó demostrativo; en el primer caso, admiten que la servidumbre misma se extingue, puesto que en realidad no ha sido usada, y la nueva no se ha adquirido, puesto que la servidumbre es discontinua (1). La distinción es arbitraria y se presta á lo arbitrario; con la mayor frecuencia las partes se limitan á indicar el sitio, sin que se pueda saber si es ó nó en sentido restrictivo; de lo que resulta que la interpretación que el juez dé á la voluntad de las partes tendrá por efecto mantener la servidumbre ó extinguirla. Si se pudiera consultar la intención de las partes, se llegaría á un principio

1 Demolombe, t. 12, p. 587, núm. 1031. Aubry y Rau, t. 2º, página 109 y nota 28

muy diferente del art. 708: el modo es siempre algo accidental, ¿y cómo lo accidental ha de influir en el mantenimiento ó la extinción de la servidumbre? En definitiva, lo malo aquí es el principio de la ley; unos lo aceptan con todas sus consecuencias y otros retroceden. Hé aquí por qué son insolubles estas controversias.

La jurisprudencia ha consagrado la interpretación más equitativa, nos limitamos á hacerla constar. Después de haber dado oídos al derecho estricto, escuchemos á la equidad. La corte de casación asienta el principio en estos términos: "como es bien patente que la servidumbre de paso no puede adquirirse sino por título, el modo de ejercicio de la servidumbre debe estar siempre en relación de conformidad con el título que la constituye." Este es principio que, aplicado lógicamente, arruinaría la doctrina que estamos combatiendo, muy á nuestro pesar. Pero la jurisprudencia no reconoce regla absoluta. La corte añade que el principio se aplica al caso en que el título menciona *taxativamente* el punto de la heredad sirviente por donde debe practicarse el paso; estando la servidumbre limitada y circunscrita en su modo de acción, puede extinguirse por el no-uso durante treinta años, sin que el uso ni aun trentenario sea eficaz para conquistar legalmente el derecho de paso por otro punto del predio sometido, puesto que este nuevo paso ya no sería conforme al título. Pero, continúa la corte, la situación cambia cuando el título concede la servidumbre en términos generales que no impliquen su ejercicio sobre una parte especial del predio sirviente; en este último caso, el título es obedecido, aun después de que haya cambiado el asiento de la servidumbre (1). Queda por saber cuándo es taxativa la mención del sitio y cuando no lo es; cuestión de hecho que los

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 26).

jueces resolverán según la intención de las partes, lo que le procura el medio de mantener siempre la servidumbre. En ello no veríamos un gran mal, si no fuera el artículo 708, que se interpreta tan bien que se le borra del código.

Las decisiones de la corte de apelación son de una incontestable equidad. En un caso juzgado por la corte de Caen, el punto por el cual se había ejercido el paso de un modo contrario al título era menos oneroso para el predio sirviente, porque el camino era menos largo (1). El rigor del derecho habría exigido que se hubiese declarado extinta la servidumbre. De este modo el propietario del predio dominante habría perdido su derecho por haber tenido consideraciones al predio sometido, por haber prestado un servicio á su vecino. Este es un rigor que jamás sancionarán los tribunales; el legislador es el que ha hecho mal en establecer un principio cuya aplicación es imposible.

332. Hay una última dificultad en esta ardua materia. El tribunal decide que el señalamiento del sitio no era taxativo, mantiene la servidumbre ¿pero por dónde se ejercerá? grande es el embarazo de los partidarios de una interpretación equitativa del art. 708. El antiguo modo se ha extinguido por el no-uso; el nuevo uso se ha adquirido. Se volverá al señalamiento primitivo, dicen unos, y ¿con qué derecho, supuesto que se ha extinguido? Dupret concede la elección al propietario sirviente, ¿y con qué derecho? A Demolombe parecele más sencillo mantener el nuevo modo: un nuevo modo adquirido por la posesión, cuando se trata de una servidumbre discontinua. ¡Por esto se ve cuán cierto es que al desviarse del rigor del derecho, se hace la ley, y cada uno, naturalmente, la ha-

1 Caen, 24 de Julio de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 190). Compárese Lieja, 13 de Abril de 1867 (Pasicrisia, 1867, 2, 244).

ce á su antojo! ¡No existe un modo legal de ejercer la servidumbre, y no obstante, preciso es que se encuentre uno! La única vía legal, á nuestro juicio, para salir de este laberinto, es que las partes pidan al juez un reglamento de la servidumbre, porque ellas se encuentran en la misma posición en que estarían si el título hubiese caído acerca del sitio por donde debe ejercerse la servidumbre, el juez decidirá.

§ IV.—DE LAS CAUSAS DE EXTINCION NO PREVISTAS
POR LA SECCION IV.

Número 1. Espiración del tiempo. Resolución. Revocación.

333. Existen causas de extinción que no están previstas por la sección IV, y que se derivan del derecho común. El art. 617 dice que el usufructo se extingue por la expiración del tiempo para el cual se otorgó. En el título de las *Servidumbres*, la ley no menciona esta causa de extinción. Y es porque el usufructo es temporal por su esencia; mientras que la perpetuidad es la naturaleza de la servidumbre, como en otro lugar de esta obra lo hemos dicho (t. VII, núm. 154). Pero como la perpetuidad no es un carácter esencial de las servidumbres, nada impide que se estipule por cierto tiempo. El mismo código establece una servidumbre temporal, el paso en caso de enclave (número 110). Del mismo modo, las partes podrían convenir en que la servidumbre se limitase á la duración de la vida del propietario actual de la heredad dominante. Parece á primera vista, que una cláusula semejante sería contraria al art. 686 que prohíbe que se inponga una servidumbre á favor de la persona; aunque vitalicia, la servidumbre está constituida á favor del predio. Se podrá también limitar la servidumbre por el tiempo que el propietario del predio dominante conservase su propiedad. Lo único que

la ley prohíbe es que se estipulen las servidumbres en provecho de la persona. Por último, las partes pueden permitir al propietario del predio sirviente la redención del gravamen que pesa sobre el predio, para lo cual es preciso una cláusula expresa, porque según el derecho común las servidumbres no son redimibles (1).

334. La propiedad, aunque perpetua por naturaleza, es á veces revocable, anulable. Pasa lo mismo con los derechos reales. A las servidumbres se aplica lo que hemos dicho en el título de la *Propiedad* y en el título del *Usufructo* (t. VI, núms. 104-113, y t. VII, núm. 87).

335. El código dice que los que no tienen en un inmueble sino derechos resolubles ó rescindibles no pueden consentir más que una hipoteca sujeta á resolución ó á rescisión. Esto es de derecho común; no puede uno conceder á otro más derechos de los que uno mismo tiene (2).

Núm. 2. De la renuncia.

336. Como cada cual puede renunciar los derechos que se han establecido á su favor, compréndese que el propietario de la heredad dominante puede renunciar la servidumbre establecida en provecho de su predio (art. 622). La renuncia puede, en principio, ser expresa ó tácita, á menos que la ley haga de ella un acto solemne. Esto lo hemos dicho ya en título del *Usufructo* (t. VII, núm. 74). Allí examinamos también la cuestión de saber si la renuncia debe ser aceptada por el propietario del predio sirviente (núm. 72).

337. No siendo la renuncia expresa un acto solemne, permanece bajo el imperio de los principios generales que

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 64 y notas 17, 18, y las autoridades que citan.

2 Véase lo que dijimos en el título del "Usufructo," t. 7º, número 88.